
研究ノート

生存権の実現に係る 法律関係と行政手法の現状

——社会福祉分野を素材として——

豊島明子

1. はじめに
——日本社会の現状と、社会保障改革を迫る諸要因——
2. 福祉の契約化
3. 福祉の市場化
4. 福祉行政の規制行政化
5. 行政法制の改革と社会福祉行政
 - (1) 行政事件訴訟法改正の影響
——義務付け訴訟による権利救済の実効性向上——
 - (2) 地方自治制度改革と社会福祉行政
6. おわりに

1. はじめに

——日本社会の現状と、社会保障改革を迫る諸要因——

日本の社会保障制度の抜本的改革を求める主要因として多くの国民が真っ先に口にするのは、少子高齢化という、世代ごとの人口構成割合の変化であろう。特に日本の高齢化は、他の諸外国と比較してもその進むスピードが極めて早く¹⁾、このことが、年金、医療、介護等の様々な社会保障制度のあり方の見直しを迫ってきた。また、この少子高齢化問題に対処する必要性に加え、近年の日本社会においては、格差と貧困が顕在化してきており、このような国民間の所得格差の拡大もまた、社会保障制度の改革の必要性が説かれる主要因となりつつある。格差拡大の一因とし

ては、1990年代以降の労働法分野における規制緩和政策の結果として非正規労働者が増え²⁾、「ワーキングプア」と呼ばれる人々の存在が目されるようになったこと、そしてリーマンショックに起因する大不況の到来によりこれらの非正規労働者の多くが職を失ったことが、挙げられる。こうして現在、生活保護受給者数は、右肩上がりの増加を続けており、制度発足以来最悪の数字に届く勢いであり、その上、若年の保護受給者も増加傾向にある³⁾。また、生活保護受給者が抱える生活上の問題が、単に経済的な貧困の問題にとどまらず、これらの人々が社会的排除の状態に置かれ、社会との諸関係や個々の人間関係の絆を喪失した状態に置かれており、このことが、単に経済的給付のみを支援の対象としてきた従来からの生活保護行政のあり方に、見直しを迫るものとなっている面もある。この、社会との絆の喪失という問題は、家族や地域社会のコミュニティにおける人間関係の希薄化や崩壊が進む中で、最近では、「孤独死」や「無縁社会」⁴⁾などの造語が用いられるなど、必ずしも貧困層に属する人々のみの問題ではなくなっている面もある。

以上に述べたようないくつかの社会問題が、特に1990年代から現在にかけて、日本の社会保障制度の改革を迫るものとなってきた。本報告⁵⁾においてこれら諸問題の全てについて論ずることは、私の能力的にも時間的にも不可能であるため、冒頭で述べた高齢化問題への1つの対応として行われた、介護保険法の立法化による高齢者福祉分野での法的変化と、それによって生じている新たな課題を中心に、行政法研究者の立場から述べることにしたい。そもそも、日本の社会保障制度は、日本国憲法25条の生存権規定(25条1項「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する。」)を具体化したものと位置づけられる制度であるが、ここで取り上げる介護保険は、高齢者の生存権実現のために行われる介護サービス保障の方法を「税方式」から「社会保険方式」へと転換させたことに加え、社会福祉行政の守備範囲やそこにおける行政のあり方、ひいては福祉行政上の法律関係のあり方をも、大きく変化させた。日本の介護保険法は、ドイツの介護保険法をモデルとして創設された新しい社会保険制度で、1997年に制定され2000年4月1日から施行されたものであるが、同法がもたらした福祉行政の変化は、端的に言えば、福祉の契約化(福祉サービス利用の法律関係の契約化)と市場化(福祉サービス供給主体の多様化)によって生じたものと言うことができる。

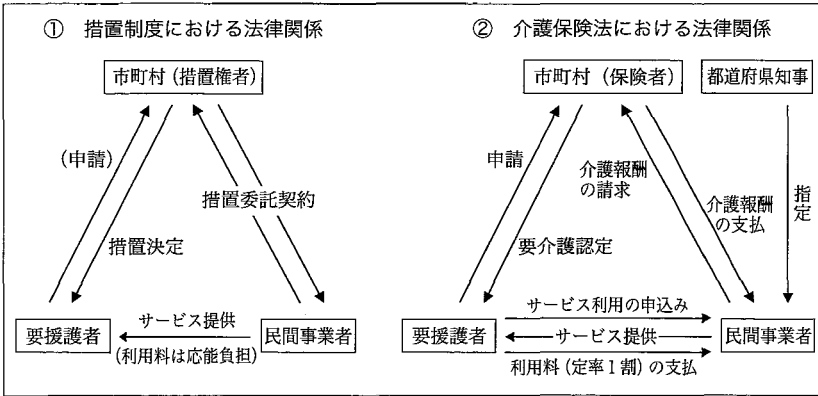
2. 福祉の契約化

1990年代半ば頃から、社会保障法制のうち、社会福祉の法制度については、大きな転換期を迎えた。中でも、先に述べた介護保険法は、大転換の先駆けとも言うべき役割を果たしている。なぜなら、わが国の社会福祉法制は、介護保険法制定を契機として、契約化と市場化の方向へと着実に歩み始めることとなったからである。社会福祉に関する法ないしは政策の主要な3分野として、高齢者福祉、障害者福祉および児童福祉があるが、このうち介護保険法は、高齢者福祉における契約化と市場化を実現させるものであり、これが契機となって、契約化と市場化の政策は、その後、障害者福祉や児童福祉の領域にも波及しつつある。具体的には、障害者福祉分野では、2000年と2005年に大きな法改正が行われ、現在では、高齢者福祉分野の介護保険とほぼ同様の法的仕組みが導入されるに至っている。他方、児童福祉分野については、現在、いわゆる「子ども・子育て新システム」導入のための法改正の検討の動きが進行中であり、これが実現すると、一気に契約化・市場化へと進む可能性があるものの、先の2分野に比べると、これまで、契約化と市場化政策の進み具合は、きわめて限定的な段階にとどまってきた。

福祉の契約化政策は、「措置から契約へ」とも呼ばれてきた。それは、契約化は、福祉サービス保障が「措置権者」（具体的には、市町村がこれに当たる。）による行政処分（具体的には、「措置決定」と呼ばれる行政作用がこれに当たる。）を通じてサービスを保障してきた従来制度（これは「措置制度」と呼ばれている。）を、福祉ニーズを有する者と福祉サービス事業者とが直接に契約を結んでサービスを利用する関係へと変える政策であったからである。

契約化の要点を把握するには、次頁に掲げた【図】に依拠するのが早道であると思われる。この【図】は、介護保険法施行前の社会福祉立法に基づくサービス利用の仕組みであった「措置制度」におけるサービス利用の法律関係と、介護保険法に基づく契約によるサービス利用の法律関係を対比したものである。したがって、契約化とは、要するに、【図】の①の法律関係から②の法律関係へと移行させる、まさに文字どおりの「措置から契約へ」の政策のことを指す。従来は、人々の福祉サービスの利用は、もっぱら「措置制度」に基づいて行われていた。「措置制度」とは、措置権者である市町村が、保育や介護等の何らかの福祉ニーズを持つ者（＝何らかの援護を要する者という意味で、「要援護者」とも呼ばれる。）からサービスを希望する

【図】 措置制度と介護保険制度の比較



旨の申請を受けて（あるいは市町村自らが職権によって）、その者に提供すべきサービスを決定する仕組みである。このとき、市町村は、自らが直営する福祉サービスの提供を決定する場合もあるものの、社会福祉法人という民間法人が営むサービスを提供することも、積極的に行われてきた。そして後者の場合においては、市町村は、当該民間法人との間で要援護者へのサービス提供の委託関係を結ぶとともに、その際の費用を公費で保障する旨の措置委託契約の法律関係を形成することを通じて、サービスを現物保障する責任を果たしてきたのである。しかし他方、介護保険法に基づく法律関係は、私人間の契約を通じてサービス利用を可能にする仕組みである。この法律関係の下では、要援護者たる高齢者は、民間の介護サービス事業者から直接にサービスを購入する契約を結ぶことによってサービスを利用することとなるため、行政（＝市町村。制度上は「保険者」と呼ばれる。）は、サービス利用の法律関係の当事者としての地位を持たないこととなる。

このように、介護保険法に基づく私人間の契約によるサービス利用の場合には、介護保険の運営主体（＝保険者）である市町村がサービス利用の法律関係の一方当事者としての地位を持たない点に、固有の特徴がある。そして、上の【図】の②に記した法律関係の下で市町村の果たすべき役割は、次の2つであると言うことができる。その第1は、高齢者である住民の要介護度を審査し認定すること（これは「要介護認定」と呼ばれる行政処分である。）。そして第2は、要介護認定を受けた高齢者が民間事業者との間でサービス利用契約を結び、実際にサービスを利用した場合には、当該サービス費の9割分相当額の金銭を、介護報酬として支給することであ

る。したがって、介護保険法に基づくサービス利用の法律関係は、要介護高齢者らが「どのサービス事業者からのサービスを希望するか」についての選択権行使を可能にする反面、これら高齢者の権利保障のために行政が直接に果たすべき役割が曖昧化しやすいという特徴を有する。換言すれば、契約制度の下において行政は、要介護認定と介護報酬の支払いを通じて高齢者らのサービス利用を側面から支援する役割を果たすにとどまり、直接自らがサービスそれ自体を現物保障する役割から退くこととなったと言えるのである。

そして、以上のような行政の現物保障の役割からの撤退は、サービス利用過程において生じた事故に係る法的責任の所在の曖昧化をも意味することとなる。実際、介護保険法の下で提供された介護サービスに係る事故によって身体的被害等を被った高齢者への司法的救済は、原則として、サービス利用契約の両当事者間、すなわち利用者たる高齢者と事業者という私人間の民事訴訟によるべきとされ、市町村ないしは都道府県という行政に対する国家賠償責任の追及は、極めて困難なものとなっている。

さらに、福祉の契約化に伴って、行政による要援護者への相談・助言の役割に関しても、大きな変化が見られる。上述のように、介護保険法に基づく要介護高齢者への介護サービス保障は、要介護高齢者とサービス事業者とが直接に契約を結ぶことを通じてなされている。一方、従来の措置制度の下では、措置権者たる市町村は、自ら要援護者のニーズを調査して把握し、その要援護者にとって適切であると思われる個別具体的なサービス内容を決定するところまでの役割を担ってきた。しかし、契約化によって、このような行政の役割は、「ケアマネジメント」と呼ばれるサービス利用過程を支援する業務を担う民間事業者（これは制度上「介護支援事業者」と呼ばれている。）に委ねられることとなり、要介護高齢者らは、これらの民間事業者の支援を受けながら介護サービス利用に係る契約締結を行い、サービスを利用するようになった。その結果、行政の相談・助言の役割は次第に失われ、行政は、後述のように多様化する供給主体との間で、あらゆる供給主体と等距離を保ち、その意味において中立・公正な立場から、福祉市場において提供されるサービスに係る情報提供者として、また、福祉市場に対する監督者として、一定の役割を果たす存在へと変貌を遂げるに至っている。

3. 福祉の市場化

次に、1990年代以降の社会福祉法制に大きな変化を与えたもう1つの政策である市場化について、見ていくこととしよう。

社会福祉分野において、従来、サービス供給主体としてその中核に位置づけられてきたのは、国および地方公共団体という行政体に加え、社会福祉を行うことを専らその目的とする民間非営利法人として法律上設置を認められた社会福祉法人であった。これに対し、1990年代半ばからの社会福祉法制の変容は、福祉の市場化(=サービス供給主体の多様化)を推し進め、介護サービスを中心とする巨大な福祉市場を創出させた。この市場化政策の結果、サービス供給主体を従来の国・地方公共団体または社会福祉法人に限定する法制度のあり方から徐々に決別し、NPO等の新たなタイプの非営利法人や、株式会社等の営利法人にまで、積極的に福祉市場への参入を解禁し、社会全体の様々な民間活力を積極的に活用することを通じて要援護者のニーズに応える仕組みの構築が目指されてきた。

福祉の市場化は、上述の契約化と相俟って、サービス供給主体としての行政の役割をより一層相対化させ、サービスをめぐる法律関係を複雑化させる。福祉の市場化が直接にもたらす、サービス供給主体としての行政の役割の相対化とは、要するに、行政直営によるサービスの減少である。そして、サービスをめぐる法律関係の複雑化とは、要するに、以下のようなことである。すなわち、市場化政策の結果、サービス供給主体の多様化が生じ、これと並行して進められた契約化政策とが相俟って、要援護者は自らの福祉ニーズ充足のためには、ケアマネジメント業者との契約や、利用を希望する介護サービス事業者との契約という複数の契約を次々と結び、これらの複数の法律関係(=契約)の全体を通じて、自らの生活の安定を実現するのである。このことは、より重度の要介護高齢者であれば、さらに多数のサービスを利用する必要性が生じるため、重度の者であればあるほど様々なサービス事業者から複数のサービスを利用する必要がある、それゆえに締結すべき契約の数も増えることが予想される。

福祉の市場化政策に伴う行政直営のサービスの減少は、近年、行政体が直営の形で運営してきた施設の民営化が活発に推進されることによって、確実に進行している⁶⁾。このような事態に直面し、行政法学においては、これらの施設の民営化の法的限界、法的統制、ないしは施設利用者の権利保護のあり方が論じられてきた。そ

もそも福祉行政の大半は、人々の生活に最も身近な行政体である市町村によって担われている。その際、福祉行政における公の施設は、地方自治法 244 条の 2 に基づき、その設置・廃止については条例主義が採られているため、これらの施設を民営化しようとする際には、当該施設を廃止する旨の条例改正が必須となる。そこで近年、民営化の法的適否に関して、特に公立保育所の民営化をめぐることは、公立保育所廃止に係る条例制定行為を処分であるとみなして、処分の取消訴訟を提起する形で司法的救済を求める例が増えている⁷⁾。これらの訴訟において、当初は、条例という規範定立行為について、これを取消訴訟の対象たる処分と見ることの可否（条例の処分性という訴訟要件の有無）をめぐる下級審の判断が分かれていたが、近年の最高裁判決（最高裁 2009 年 11 月 26 日判決）がその処分性を肯定したため、この争点については、一定の決着を見るに至っている。その結果、現在、保育所民営化訴訟の焦点は、いよいよ民営化の法的適否の次元へと移っている。しかしながら、実際に民営化が違法であるとされたケースはごく稀であり、保育サービスを行政自らが直営で提供するか否かに係る裁量権の範囲は、一般に、極めて広いと解されている。このことは、裏返して言えば、保護者が自ら選択して入所した特定の保育所で児童が保育を受ける利益を、どの程度まで裁判上保護すべきかに関する法的評価のあり方次第で、民営化の法的適否が左右されるということでもある。ここで、この論点に関し注目すべき判断を行った、横浜地裁 2006 年 5 月 22 日判決について言及しておきたい。この判決は、民営化を行うか否かに係る判断のレベルにおいては広範な裁量権の存在を認めつつも、より踏み込んだ裁量統制のアプローチ⁸⁾を行っている⁹⁾。そして結論的には、「所与の条件下において、必要とされる行政課題に対して、民営化でもって対処するというのも一つの選択肢であることは否定できない」として、民営化の実体判断自体は適法としたものの、「入所児童がいる保育所を民営化するについては、当該保育所で保育の実施を受けている児童及び保護者の特定の保育所で保育の実施を受ける利益を尊重する必要がある、その同意が得られない場合には、そのような利益侵害を正当化し得るだけの合理的な理由とこれを補うべき代替的な措置が講じられることが必要」との見解を示して、民営化の手続的次元における違法性を認定している。本判決がこのような判断を成し得たのは、本判決が、保育所において保育サービスを受ける利益の法的保護の必要性を児童福祉法の仕組みに照らして正当に解釈し、この解釈論をもって、民営化を行う市の政策的裁量権の範囲を限定し得た点にあると言えよう。

4. 福祉行政の規制行政化

上述の契約化と市場化は、いずれも、社会福祉分野における行政の役割を全体として縮小させる政策であったとすることができるが、1990年代以降から続く日本の社会福祉改革は、単に行政の守備範囲を縮小させたばかりではない。むしろ、行政の新たな役割を創出し、その役割については、次第に拡大する傾向にあるとさえ言うことができるからである。なぜなら、福祉の契約化政策は、福祉の市場化政策と相俟って、数多くの民間事業者が次々と参入する福祉市場を形成させ、行政に対し、福祉市場への規制者としての役割の拡大を余儀なくさせているからである。つまり、国民の生存権保障という国家ないしは行政の存在理由そのものが否定されない限り、行政は、福祉サービスを直接に保障する責任からは撤退したとしても、民間事業者への規制権限行使という従来とは異なる手法を積極的に講ずることを通じて、生存権保障の役割を担い続けなければならない地位にあると考えられるからである。このようにして実際上も、その後の日本の高齢者福祉行政の展開の1つの帰結として、近年、規制権限の量的拡大が顕著に見られるようになってきている¹⁰⁾。例えば、2005年および2008年の2度にわたり行われた介護保険法改正において、介護サービス事業者への規制強化策が数多く講じられたことは、このことの証左である。

しかし、ここでもう1つ、新たな問題に直面することとなる。規制行政の実効性を向上させるためには、行政が、常に、福祉市場において繰り広げられている諸現象をできる限り迅速かつ網羅的に把握している必要がある。さらに言えば、個々の要援護者が1つ1つのサービス利用契約の履行過程において質・量ともに適切なサービスの利用が可能なる状態となっているか否かについて、行政はできる限りその実態把握に努め、何らかの問題を発見し次第、規制権限の行使へと繋げていく必要がある。しかしながら現状においては、すでに述べたように、行政は原則として措置の委託者という法的地位にはなく、また、サービス利用契約の一方当事者としての地位にもない。このような法環境の下で、行政が規制権限を的確に発動することは、残念ながら容易なことではないと言わざるを得ない。また、供給主体の多様化が進むにつれて、規制対象となる事業者数も当然ながら多数に上ることとなるが、この点に鑑みても、規制の実効性をいかに向上させるかは、なかなか解決困難な課題であると言わざるを得ない。

さらに、より根本的な問題として、サービスを直接に現物保障する役割を持たなくなった行政は、福祉行政の専門性を失いつつあるという面もある。これは、より端的に言えば、行政が福祉の現場を知らなくなったという側面である。そうすると、このような意味において専門性が低下した行政が、果たして規制者としての十分な役割の担い手たり得るかという問題も指摘されよう。

そして、さらにもう1つ、規制行政の役割の増大によって生じた理論的問題についても、指摘しておきたい。それは、行政が福祉市場を規制する際の法理念、法原則ないしは規範論の欠如という問題である。これらの問題が顕在化するに至った要因としては、少なくとも、次の2点を挙げることができよう。第1は、介護事業者として当時、最大手であった「コムスン」による組織的に行われた不正な事業運営の実態が2007年6月に明るみに出たことを端緒とする営利事業者への不信と、このことによって広く認識されるようになってきた福祉市場をより実効的に統制する必要性の高まりである。第2は、2005年および2008年の介護保険法改正による公的規制の変化である。この2度にわたる法改正は、要するに、規制強化を内容とするものであった。中でも2008年改正は、上述の「コムスン」による不正な事業運営に端を発するものであり、2007年7月に「介護事業運営の適正化に関する有識者会議」が設置され、その検討結果が同年12月に報告書としてとりまとめられている。報告書では、「介護サービス事業者による不正事案の再発を防止し、介護事業の運営を適正化するため」、「所要の制度改正等を行う必要がある」と、規制強化の必要性を説いている。以上の2点に起因して、規制の必要性への認識が高まった反面、実際に規制の制度設計をしようとする、実は規制のあり方を方向づける法理念・法原則・規範論の欠如という根本的問題に直面せざるを得ないことが、次第に顕在化してきたと言えよう。このことは、2005年および2008年の法改正が、実際に福祉市場において生じた諸問題への対処療法的な改正にとどまっておき、今後いったいどのような方向へと向かうのか、それさえ明確ではないことから明らかである。したがって、将来的にまた再び、福祉市場を揺るがす事件等が発覚した場合には、それらの事象を念頭に置きながら、規制に関するさらなる法改正を施す対応がなされて行くものと推測される。以上のような現状を踏まえると、問題が生じる度にその都度規制を強化するという言わば“イタチごっこ”の闇雲な対応から脱却するため、これからの行政法学は、規制行政の拡大という現実在即した規制のあり方を基礎づける法理論構築の課題について、より積極的な検討を進めていく必要があるように思われる。私見によれば、現行社会福祉法令における規制の法理念な

いは法原則として、① 福祉の継続性・安定性、② 福祉の専門性、③ 福祉の適切性、福祉の適法性、⑤ 福祉の民主性、⑥ 福祉の透明性、⑦ 福祉の効率性、⑧ 福祉の公正・中立性という、少なくとも8つを見出すことができる。このように考えるならば、これらの各理念ないしは原則の相互関係の整序や、これらを具体化する公的規制の諸制度の現状分析について、さしあたり憲法的価値に照らした検討を進めるといった研究課題への取り組みが急務であると言えよう。

5. 行政法制の改革と社会福祉行政

(1) 行政事件訴訟法改正の影響

—義務付け訴訟による権利救済の実効性向上—

以上の2.から4.の項目では、福祉の契約化、市場化、そして福祉行政の規制行政化という3つの事象に着目して、社会福祉行政がどのように変化し、そのことによってどのような法的課題が生じているかについて論じてきた。次にここで述べたいのは、介護保険のような社会福祉法制の変化が与えた行政への影響の問題ではなく、近年の行政法の一般的制度の改革が社会福祉行政の在り様にどのような影響を与えているか、である。ここでは、社会福祉分野における権利救済のあり方に大きな変化をもたらした、2004年の行政事件訴訟法（以下、「行訴法」と言う。）改正について触れておきたい。

違法な公権力の行使を是正して自己の権利救済を得ようとする際に用いられる抗告訴訟制度は、2004年の行政事件訴訟法改正によって大きな変化を遂げた。従来は、行政処分の違法を争おうとする場合、処分の取消訴訟を提起するのが通例であったが、法改正によって義務付けや差止めの訴えという新たな訴訟類型が創設されたことによって、社会保障の分野における権利救済の実効性は、次第に高まりつつある。例えば、従来、介護保険法に基づく要介護認定の申請に対する拒否処分や生活保護法に基づく保護申請に対する拒否処分、あるいは自らの意に反して各種の給付または生活保護の停・廃止等の不利益変更処分を受けた場合などには、取消訴訟ではなく、裁判所が直接に給付を義務付ける訴訟の必要性が指摘されてきた。また、旧行訴法では、仮の救済の制度が存在せず暫定的に給付を認める余地がないという問題や、申請に対する拒否処分の場合には当該処分の執行停止制度も無意味であるという問題もあった。

しかし、これらの社会保障行政全般にわたる旧行訴法の諸問題は、2004年改正によって立法的解決が図られた¹¹⁾。特に義務付け訴訟の一類型である「申請満足型義務付け訴訟」（行訴法3条6項2号）は、申請拒否処分に対する救済手段として有効であり、これとともに制度化された仮の義務付け（行訴法37条の5第1項）も迅速な救済を可能にするものとして有効である。実際、近年、社会福祉や生活保護といったいくつかの社会保障行政領域において、これらの訴訟類型を活用して訴えが認容される事案が次々と現れ始めている。例えば、児童福祉分野において、東大和市保育園入園承諾義務づけ訴訟（東京地裁2006年10月25日判決）は、入園拒否処分の取消しとともに入園承諾を命ずる義務付けを認容した。また、障害者福祉分野において義務付けを認容した和歌山地裁2010年12月17日判決がある。本件では、障害者自立支援法に基づく重度訪問介護に係る介護給付費支給決定における支給量を不服としてなされた義務付け訴訟に関し、原告に対してなされた支給決定における1か月当たりの介護の支給量に1か月93時間以上を加算した支給量の介護給付費支給決定を行わないことの裁量権の逸脱濫用が認められている。このほか、生活保護に関して、保護申請の却下処分を不服としてなされた処分の取消し、および保護開始決定の義務付け訴訟を本案としてなされた仮の義務付けの申立てについて、これを認容し一定額の保護開始決定を行うことを命じた事案（那覇地裁2009年12月22日決定、福岡高裁那覇支部2010年3月19日決定）が現れている。このように2004年行訴法改正は、種々の社会保障給付に係る違法な行政処分による権利救済の実効性を着実に向上させている。これらは、大いに評価に値する動きである。

ただし、社会保障分野における権利救済の成否を左右するより根本的な問題として横たわっているのは、憲法25条の生存権規定について、その裁判規範性を弱いものと解する判例の存在ゆえに種々の行政処分に係る行政裁量の司法的統制が必ずしも十分に行き届かないという問題である。この点に関して近年、厚生労働大臣が定める生活保護基準の一部であった老齢加算が廃止されたことを受けてなされた生活保護の不利益変更処分の取消訴訟において、下級審レベルではあるが、老齢加算廃止を内容とする生活保護基準改定に係る審議検討過程を精査する審査方法を用いてこれを違法とする判決（福岡高裁2010年6月14日判決）が出されたことは注目し値する動きであるが、依然として、社会保障行政の諸分野における諸決定への不服を理由とする訴訟における権利救済を進めるため、この分野における行政裁量統制論の深化が求められている状況が続いている¹²⁾。

(2) 地方自治制度改革と社会福祉行政

最後に、本報告のテーマである生存権の具体的実現に係る行政手法という点に関連して、もう1つ、最近になって俄に顕在化しつつある課題についても触れておくこととする。それは、最近の日本の地方自治制度改革が社会福祉行政に与えつつある影響についてである。

1990年代半ば以降、地方分権の政策が推進され、1995年に制定された地方分権推進法の施行以来、「国から地方へ」の政策が進められてきた。この間の地方分権政策の成果の一つが、1999年の地方自治法改正であり、これによって国と地方公共団体を上下関係に位置づけてきた機関委任事務制度が廃止され、国と地方の対等な関係の実現が目指された。また、このとき、「住民に身近な行政はできる限り地方公共団体にゆだねる」(地方自治法1条の2第2項)との基本原則が明文化された。これらの考え方を基本とする近年の地方自治制度改革の結果、社会福祉行政における国・地方関係も、徐々に変化を見せている。端的に言えば、社会福祉分野における事務の多くが、自治事務としての位置づけを付与された上、都道府県から市町村へと委ねられる傾向が生じている。

このように、1990年代半ばから続けられてきた地方分権政策によって、国・地方の役割分担のあり方が変化し、社会福祉分野における地方の役割が重視されてきた。こうした一連の地方自治政策の中で、現在、新たに法的論点として浮上してきた問題がある。それは、社会保障のナショナルミニマム保障における、国と地方の役割分担に関わる論点である。この論点を浮上させたのは、以下の立法動向による。すなわち、2011年4月に成立した「地域の自主性及び自立性を高めるための改革の推進を図るための関係法律の整備に関する法律」において、児童福祉法に基づく児童福祉施設最低基準、老人福祉法に基づく養護老人ホームおよび特別養護老人ホームの設備・運営基準、介護保険法に基づく指定居宅サービス事業の設備・運営基準といった、各福祉分野のサービスの質を保障するために、従来、国の省令の形式で定められてきた基準について、これらを都道府県ごとに条例化して設定すべきものとする法改正がなされたことである。この法改正をめぐっては、全国一律の基準として省令形式を用いて国が定めてきた福祉のナショナルミニマム保障の仕組みが、各地方公共団体の条例に委ねられることによって、サービスの質の地域格差が生じるおそれが危惧され、ひいては、福祉のナショナルミニマム保障のための国と地方の役割分担のあり方が問題となる¹³⁾。要するにここで問われているのは、

福祉のナショナルミニマム保障のために、国が全国一律の最低基準を定める方法を採用すべきか、あるいは、各地方公共団体の自己決定に基づく基準に委ねるべきか、である。いずれにせよ、この法改正の結果、現在、各地方公共団体は、福祉行政の遂行にとって求められる基準の作成能力の確保・向上、換言すれば、基準作成に係る福祉の専門性の発揮を求められている状況にある。

6. おわりに

以上に見てきたように、社会福祉行政分野における立法と政策の変化によって、憲法 25 条の生存権を実現するための行政のあり様は、大きく変化するに至っている。

まず、自らがサービス供給主体となる役割から撤退し、その代わりに、多様な私的組織が参入することによって形成された福祉市場への規制権限行使を積極的に行う行政へと変化したことは、“給付行政としての社会保障行政の規制行政化”とも言うべき、注目すべき事象である。ただしこの場合、規制に係る諸制度がいかなる理念や原則の下で制度化されるべきかについては、これまで十分な規範論が形成されてきたわけではない。それゆえ、すでに指摘したような、介護保険法が 2005 年と 2008 年の少なくとも 2 度にわたり規制強化のための法改正を繰り返さざるを得なかった事実が示しているように、日本の現状では、福祉市場において要介護高齢者らの権利保障に鑑みて不適切な事例が発生すると、その都度、敢えて言うならば場当たり的に、規制強化策を講じていると評さざるを得ない現状がある。したがって今後は、社会保障行政の規制行政化における規範論の追究¹⁴⁾が検討課題の一つとされなければならないことを、重ねて強調しておきたい。

また、福祉法制の変化の中で縮小しつつあるサービス供給主体としての行政の役割に関しては、民営化の法的限界をいかに画定できるかについて、本報告では、公立保育所の民営化を例に挙げて、その問題の所在とわが国の現在の議論の到達点に触れた。今後は、このような議論が、果たして他の社会福祉施設においても妥当するか否かの検討も求められていると言えよう。例えば、公立の老人ホームや病院の民営化の場合にはどうか。また、介護サービスは現在、施設介護ばかりではなく、ホームヘルパー派遣を受ける形でのいわゆる在宅介護の形態も数多く存在している。そうすると、福祉施設の民営化の法的限界の議論の発展可能性を考え得るとすれば、自己にとって信頼のおけるホームヘルパーの派遣を継続して受ける権利保障

の余地といった問題設定も可能かもしれない。

さらに、最後に触れた、地方自治制度改革との関連では、国民の生存権保障のために、国と地方公共団体という2つの行政体がどのように役割を分担し法的責任を負うべきかという、その考え次第では福祉行政の質を左右しかねないような、根本的問題も新たに登場してきている。

また、このほかにも検討されるべき法的課題として、次のような問題も考えられよう。福祉の契約化と市場化によって規制行政化するに至った行政の行動原則として、現行法上、サービス利用者とサービス事業者の双方と等距離を保つべきとする「中立性・公正性の原則」とも呼ぶべき考え方が盛り込まれるに至っている(例、介護保険法第5章第10節「介護サービス情報の公表」)。実はこのことも、福祉行政のあり方を大きく転換させる面を含んでいる。なぜなら、本来、社会福祉は、国家の積極的介入が要請される行政領域であることからすると、この「中立性・公正性の原則」は、このような社会福祉行政の伝統的理解との間で矛盾を生じかねない、ということになるからである。したがって、社会福祉行政の伝統的理解と、現行法が新たに採用した行政の「中立性・公正性の原則」をいかに整合させ得るかという課題があると考えられる。これは、契約を基本とする福祉法制であっても、そこにおける契約の一方当事者は要介護等の困難を抱えた人々であるという必然ゆえに、これらの者への積極的な支援という行政的介入がしばしば権利保障の必須条件となるのではないかとの問題であるとも捉えられよう。この問題への接近方法としてさしあたり有効であると考えられるのは、契約を支える諸制度としての、契約締結に至るまでの事前の情報提供や相談・助言に関する行政活動のあり方について検討を重ねることであろう。

以上、社会福祉分野を素材に、行政法学の立場から、行政のあり様の変化についてその現状を概観しつつ、それらが提起する法的諸課題について論じてきた。すでに纏々述べてきたように、生存権実現のための行政の手法や法律関係が大きく変化していることはもはや自明のことであるが、このような状況の下で、いかにして福祉ニーズを有する人々の権利実現を確保していくか、そのあり方について、現行法の枠組みの下での新たな形を追求して行く必要がある。ここ韓国でも、近年、介護保険法が導入されたようであるが、本報告で論じたような諸問題について、韓国ではいかなる問題状況が見られるのか、日本における場合と同様の問題関心の下で、同種の課題をめぐって議論が展開されているのか。本報告を契機として、社会保険方式による公的介護保障の制度を有する点において共通する日・韓の公的介護保障

の現状について、交流を深めることができれば幸いである。

(本稿は、2011年11月2日、韓南大学校において行われた韓南・南山学術交流会における報告原稿に、注を補うなど、一部修正を加えたものである。)

注

- 1) 日本では、24年間で高齢化率が7%から14%に達した。他方、ドイツでは40年、イギリスでは47年、スウェーデンでは85年の期間が必要であった。
- 2) 1984年には604万人であった非正規労働者数は、2007年には1732万人となり、雇用者に占める割合は、14.4%から31.1%にまで上昇した。この点を指摘する文献として、さしあたり駒村康平『大貧困社会』（角川新書、2009年）42頁を挙げておく。
- 3) 厚生労働省が2011年10月12日に公表した速報値によると、全国の生活保護受給者数は、6月末現在で204万1592人。「5月末現在より1万5人増で、4ヶ月連続で200万人を上回った。統計を取り始めた1951年度の204万6646人（月平均）、52年度の204万2550人（同）に次ぐ高い水準で、増加が続けば、過去最多となる可能性が高まっている。生活保護の受給世帯数は147万9611世帯で過去最多を更新。高齢者世帯が62万8950世帯で最も多いが、2008年のリーマンショック以降、働く年齢層とみられる『その他の世帯』の増加が目立っており、24万9017世帯だった」（2011年10月12日11時13分、読売新聞 online）。そしてその後も、受給者数は増え続けている。
- 4) 「無縁社会」とは、NHKによって2010年1月31日に放送された番組、「NHKスペシャル『無縁社会——“無縁死”3万2千人の衝撃——』」において語られた語である。同番組取材班による全国の市町村への調査結果によれば、「身元不明の自殺」、「行き倒れ」や「餓死」等の「無縁死」が年間3万2千人にのぼることが明らかになったという。これらの実態は、NHK「無縁社会プロジェクト」取材班『無縁社会——“無縁死”三万二千人の衝撃』（文藝春秋、2010年）参照。
- 5) ここで「本報告」としているのは、本稿が、本稿末尾にも記したように、2011年11月2日に韓国・韓南大学校において開催された同大学校と南山大学法学部・法科大学院との学術交流会における報告原稿に基づくものであるためである。なお、本稿は、筆者が以前から研究対象としてきた社会福祉行政領域における諸課題の現段階における概観を主眼としたものであるため、1990年代半ば以降のわが国の福祉法制の変容の主たる特徴である契約化や市場化に係る叙述については、筆者のこれまでの研究の要約的な叙述となっていることを、あらかじめお断りしておきたい。
- 6) 厚生労働省「社会福祉施設等調査」の2007年度調査結果によると、保育所施設数

について、公営が前年よりも270減少した一方で、私営は388増加している。さらに、2000年度に公営が12,707、私営が9,492であった保育所数は、その後も公営の減少傾向が一貫して続く中で、2006年度には公営11,510、私営11,210になり、さらに2007年度には公営11,240、私営11,598となった結果、同年度において、施設数の公私割合が逆転した。厚生労働省ホームページ (<http://www.mhlw.go.jp/toukei/list/23-19.html>) 参照。

- 7) 高石市の事件（大阪地裁2004年5月12日判決、大阪高裁2006年1月20日判決）、大東市の事件（大阪地裁2005年1月18日判決、大阪高裁2006年4月20日判決）、枚方市の事件（大阪地裁2005年10月27日判決）、横浜市の事件（横浜地裁2006年5月22日判決、東京高裁2009年1月29日判決、最高裁2009年11月26日判決）、八千代市の事件（千葉地裁2008年7月25日判決）等がある。
- 8) 衣笠葉子「公立保育所の民営化」近畿大学法学55巻1号156頁は、「児童自身にも『特定の保育所』で保育を受ける法的利益を認めること」が「保育所廃止に関する被告の裁量権の行使をより制約する方向に導くことになる」と指摘する。
- 9) 大沢光「公立保育所の廃止・民営化と特定の保育所において保育を受ける権利」賃金と社会保障1491号（2009年）44頁は、本報告と同様に横浜市第一審に注目し、「少なくとも」、保育所選択の権利利益の「内容の理解の仕方、及び、これにどういった価値を認めるかにより、裁量権濫用の審査密度が高められうる」との見方を示している。
- 10) 原田大樹「民営化と再規制——日本法の現状と課題」法律時報80巻10号（2008年）54～60頁は、日本の「民営化の立法例のほとんどは、民営化と同時に、任務を実施する民間主体に対する特別な規制（再規制）を用意している」ことを指摘し、「民営化の拡大を行政法の縮小と捉えるのは日本法に対する正確な評価とはいえない」と説く。
- 11) 社会福祉行政領域における2004年行訴法改正の意義と課題については、石崎誠也「社会福祉行政上の処分と義務付け訴訟の機能」法律時報79巻9号（2007年）22～27頁参照。
- 12) その後、本報告で言及した老齢加算廃止に係る福岡高裁2010年6月14日判決については、上告審判決（最高裁2012年4月2日判決）が出され、老齢加算廃止を違法とした原審の判断に明らかな法令違反があるとして、これを破棄差し戻しとする旨が示されるに至っている。
- 13) この点については、本多滝夫「“義務付け・枠付け見直し”の影響——福祉行政を中心に」自治体法務研究24号（2011年）25～29頁参照。
- 14) この課題への接近の試みとして、拙稿「福祉サービスの供給体制論——公的規制の観点から——」社会保障法25号（2010年）113～127頁を挙げておく。